Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

werden kann, was eben ſo für die Katholiken gelten muß, wie für die Proteſtanten [40]).

40) Boehmer a. a. O. §. 72. Permaneder a. a. O. S. 22. 23. Solcher beſonderen Obſervanzen gibt es auch für katholiſche Kirchen mancherlei. So iſt es in der Diöceſe Cöln eine in den meiſten Orten vorkommende Obſervanz, daß der Großzehntherr das Schiff, die Gemeindecaſſe den Thurm mit allen Zugehören der Kirche, der Pfarrer den Chor in baulichem Stande zu erhalten haben. Vergl. Decreta Synodalia Dioecesis Coloniensis de a. 1662. P. III. Tit. VII. c. II. §. 3. in Hartzheim Conc. Germ. T. IX. S. 1035. Ebenſo iſt es in der Metzer Diöceſe. Vergl. Cod. selectorum Canonum ecclesiae Metensis. Tit. XV. §. 2: „Parochi chorum, Collatores seu Decimatores navim, et Parochiani turrim, seu campanile reparari vel conservari procurent“ in Hartzheim T. X. p. 251.

(Die Fortſetzung folgt im nächſten Hefte.)

III.

Beiträge zur Lehre über die Concurrenz, Prävention und Colliſſion der Parteienrollen und Gerichte.

Von

v. Linde.

Nach gemeinem deutſchen Prozeßrechte ſind ſehr häufig für den nämlichen Rechtsſtreit mehrere Gerichte gleich zuſtändig [1]). Dieſes Verhältniß wird dem geſetzlichen Sprachgebrauche gemäß die Concurrenz der Gerichtsſtände [2]) genannt.

1) Seuffert Civilpr. I. §. 16.

2) Reichshofrathsord. v. 1654. II. §. 8. Vergl. Wahlcapitulation Franz II. v. 1792. Art. XVI. §. 17.

Dem Begriffe nach wird nicht vorausgeſetzt, daß eins oder mehrere der zuſammentreffenden Gerichte bereits in Thätigkeit getreten ſey. Die Concurrenz der Gerichtsſtände ſetzt voraus: 1) daß mehrere Gerichte für dieſelbe Sache als zuſtändig erſcheinen; 2) daß dieſe Zuſtändigkeit eine gleichzeitige, alſo nicht eine ſucceſſive iſt, und 3) daß jedes der zuſammentreffenden Gerichte angerufen werden könnte, nicht aber, daß das eine oder gar mehrere wirklich angerufen ſind.

Die zuſammentreffenden Gerichtsſtände können aber gleichartige und verſchiedenartige ſeyn. Verſchiedenartig ſind ſie gewöhnlich alsdann, wenn bei dem Streitverhältniſſe nur eine Partei als Kläger, die andere nur als Beklagter auftreten kann; in einem ſolchen Falle können z. B. das forum domicilii mit dem forum rei sitae, contractus u. ſ. w. concurriren. Ausnahmsweiſe könnten in dieſem Falle freilich auch gleichartige Gerichtsſtände zuſammentreffen, wenn der Beklagte mehrere domicilia hätte. Dagegen iſt der Fall der Concurrenz gleichartiger Gerichtsſtände alsdann gewöhnlicher, wenn jeder Theil ſowohl als Kläger, wie als Beklagter auftreten kann, wo in der Regel die beiderſeitigen fora domicilii, oder auch andere gleichartige zuſtändig ſind; aber auch ausnahmsweiſe verſchiedenartige competent ſeyn können.

Die Beziehungen, welche in dieſer Lehre von practiſcher Wichtigkeit ſind, und in der Theorie mitunter noch wenig Berückſichtigung gefunden haben, ſind, daß ermittelt wird: wer bei concurrenter Jurisdiction die Wahl zur ausſchließlichen Beſtimmung eines Gerichtes hat; und da ſich ergeben wird, daß dieſes der Kläger iſt, ſo wird gerade in dieſer Materie zu beſtimmen oft wichtig, wer von beiden Parteien in Fällen, worin beide als Kläger auftreten konnten, und aufgetreten ſind, nun als der Kläger ausſchließlich anzunehmen ſey; ſodann durch welche gerichtliche Einwirkung im Falle der Concurrenz die Ausſchließlichkeit der Zuſtändig-

keit eines Gerichts begründet wird, und wenn es ſich ereignen ſollte, daß entweder beide Parteien in der Weiſe als Kläger gehandelt, daß ein geſetzlicher Vorzug auf die eine Parteirolle für keine begründet wäre, und daß ſogar vielleicht verſchiedene concurrirende Gerichte gleichzeitig und in gleichem Maaße zu ſolcher gerichtlichen Einwirkung veranlaßt worden wären, daß auch unter ihnen ein Vorzug auf Ausſchließlichkeit nicht anzunehmen wäre, ſo daß alſo unter den Parteien eine Colliſion der Parteienrollen, unter den Gerichten aber eine Colliſion der Gerichtsbarkeit vorläge, wie dieſe Colliſionsfälle zu beſeitigen ſind. Dieſe Concurrenz und Colliſionsfälle können ſowohl bei der erſten Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, als in höhern Inſtanzen vorkommen. In der folgenden Darſtellung wird blos von dem Gegenſtande in Bezug auf die erſte Einleitung eines Gerichtsſtreits gehandelt, zumal von den Fällen der Concurrenz u. ſ. w. in höherer Inſtanz ſchon bei andern Gelegenheiten geſprochen worden iſt.

I.

In denjenigen Fällen, worin nur eine Partei als Kläger auftreten kann, entſtehen weder Schwierigkeiten noch Verwicklungen durch die Concurrenz; denn da keins der zuſtändigen Gerichte amtlich einſchreiten darf, der Kläger aber die Klage bei jedem der concurrirenden Gerichte, jedoch nicht zugleich bei mehreren, anbringen, der Beklagte aber die Einlaſſung mit Erfolg nicht verweigern kann [3]; ſo iſt mit der Wahl eines Gerichtsſtandes, von Seiten des Klägers, in der Regel die Concurrenz beſeitigt, wenn das angegangene Gericht durch einen auf rechtsförmige Art dem Beklagten bekannt gemachten Beſchluß ausdrücklich oder ſtillſchweigend ſeine Zuſtändigkeit erklärt hat. So lange dem Beklagten dieſe Mittheilung nicht geworden, muß

3) Fr. 19. § 4. de ind. 5, 1. Fr. 2. §. 3. de eo quod certo loco. 13, 4.

dem Kläger das Recht zugeſtanden werden, das Gericht zu wechſeln, denn ſein Wahlrecht iſt geſetzlich durch die Wahl ſelbſt ſo lange nicht beſchränkt, als dadurch nicht zugleich das Recht des Gegners auf Fortdauer dieſes Gerichts entſtanden iſt. Es gilt dabei unbedingt der Grundſatz, daß durch die Wahl nur Rechte der Parteien, und blos inſofern, als dieſe dieſelben geltend machen, Rechte der Gerichte entſtehen. Wenn daher der Kläger, nach zwar getroffener Wahl, aber bevor Mittheilung an den Beklagten erfolgte, durch Angehung eines andern Gerichts, die zuerſt eingeleitete Inſtanz aufgibt, ſo erklärt er dadurch, daß er ſein, bei der erſten Wahl ausgeübtes Recht, auf die Verfolgung der Sache vor dem zuerſt angegangenen Gerichte nicht ferner geltend machen will; und der Beklagte hat auf dieſes Gericht noch kein Recht erlangt; das zuerſt angerufene Gericht kann alſo mit Rechtsbeſtand nicht in die Lage kommen, ſeine Jurisdiction auszuüben, beziehungsweiſe dieſelbe als eine ausſchließliche zu behaupten. Zwar hat man auf den Grund der Const. 4. de in ius voc. 2, 2. „pr. Qui semel in ius vocavit aliquem in regia urbe vel in provinciis, post libellum ei oblatum, amplius eundem reum, ex scripto vel sine scripto, ne peragat, hoc est, ne iudicium sine scripto adversus eum adeat, sed apud primum iudicem permaneat, §. 2. Qui semel in ius vocavit, si post admonitionem reo oblatam eum ad alium iudicem ob easdem causas vocaverit, et eum indemnem praestet, et causa cadat, etsi iustam habuit actionem“, die Behauptung aufgeſtellt: daß der Kläger, wenn er einmal ein Gericht angegangen, und dieſes einen Beſchluß auf das Anrufen gefaßt habe, nicht mehr zurücktreten, und ein anderes Gericht wählen dürfe, wenn der Beſchluß dem Beklagten auch noch nicht inſinuirt worden wäre. Allein auf den Grund dieſer Conſtitution kann ein ſolcher Grundſatz nicht gebaut werden; da ſie das indirecte Gegentheil von dieſer Anſicht ausſpricht, nämlich: daß der Kläger nur dann von der einmal getroffenen

Wahl nicht abgehen dürfe, wenn das Libell dem Gegner zugestellt worden. Zwar ist die Constitution auch nicht glossirt, folglich nicht recipirt und erst von Cujaz restituirt [4]); dessen ungeachtet würde sie aber immer als ein geschichtliches Zeugniß für eine Rechtsansicht gelten müssen, und dient als solches für unsere Meinung insofern, als sie für die entgegengesetzte benützt worden ist. Die Behauptung, daß dem Kläger der Rücktritt verschlossen ist, sobald von dem angerufenen Gerichte auf die Klage ein einleitendes Dekret erlassen, und dem Beklagten mitgetheilt worden ist, wird außerdem durch die Bestimmung der Nov. 112. cap. 3 gleichfalls bewiesen; worin hauptsächlich das Thema näher spezialisirt wird: „ut actor coeptam causam usque ad finem persequatur".

Zwar hat man gegen die Anwendbarkeit dieser Novelle auf den Fragefall behauptet, daß sie, sowie einige gleichfalls in Bezug genommene Bestimmungen des canonischen Rechts [5]), gar nichts hierher Bezügliches enthalten, vielmehr nur das Contumacialverfahren gegen den Kläger angeben [6]). Allein diese Entgegnung beruht in allen Beziehungen auf unzulässigen Unterstellungen. Die betreffenden Gesetze handeln nicht blos und zum Theil gar nicht von einem Contumacialverfahren, sondern unterstellen und wiederholen ganz generell den Grundsatz, der freilich an andern Stellen uns wieder begegnet [7]): daß der Prozeß bei demjenigen Gerichte ausgetra-

---

4) Gesterding Irrthümer d. Rechtsgel. S. 451. Note. Gensler, Com. z. Martin I. S. 98. Man behauptet auch, daß Const. 4, cit. in der Praxis recipirt sey. Glück Comment III. §. 236. c. S. 403. Note 31.

5) Cap. 20. X. de off. et potest iud. del. 1, 29. Cap. 19. X. de foro compet. 2, 2.

6) Gesterding a. a. O. S. 450 f. Sintenis Erläuterungen über verschied. Lehren d. Civilproz. nach Linde's Lehrb. Giesen 1839. H. 1. S 68.

7) Fr. 30. de iud. 5, 1. „Ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.

gen werden ſoll, bei welchem er begonnen. Prävention wird dafür freilich überall nicht als Grund angeführt, und das begreiflich ſchon darum nicht, weil das Verhältniß weder im römiſchen noch im canoniſchen Rechte ſo beſtimmt, wie bei uns, als eine ſpezielle Maxime hervorgehoben wurde, und ſelbſt nach dem heutigen Prozeßrechte die prozeſſualiſche Einwirkung auf eine gegebene Streitſache, wodurch die ausſchließliche Zuſtändigkeit eines von zuſammentreffenden Gerichten in dem Falle feſtgeſtellt wird, wo nur ein Theil als Kläger auftreten kann, nicht eigentlich Prävention genannt wird. Gerade deshalb, weil die Geſetzesſtellen nicht ſpeziell des Falles erwähnen, in welchem jede Partei die Rolle des Klägers übernehmen konnte, und dadurch, daß ſie dieſelbe zu übernehmen bemüht geweſen, einen eigentlichen Colliſſonsfall zwiſchen zuſtändigen Gerichten herbeiführten, gehören ſie zur Entſcheidung der hier zunächſt behandelten Frage. Denn daß nur in dem Falle, wenn jede Partei die Rolle des Klägers hätte übernehmen können, und mehrere Gerichte zur Verhandlung gleichzeitig zuſtändig waren, von Prävention die Rede ſeyn kann, fällt eigentlich in die Begriffe. Wo nämlich nur der eine Theil die Rolle des Klägers zu ergreifen im Stande iſt, kann er weder in der Parteienrolle, noch in der Wahl des Gerichtsſtandes dem Gegner einen Vorrang abgewinnen, weil dieſer durchaus nicht in der Lage iſt, weder die Parteirolle, noch den Gerichtsſtand zu beſtimmen. Unter den mehreren Gerichtsſtänden kann in einem ſolchen Falle auch niemals eine wahre Colliſion entſtehen, weil der Kläger ſtets nur einen, gleichzeitig niemals mehrere, wegen derſelben Sache angehen kann; und ſollte er ſucceſſiv unter den mehreren Gerichtsſtänden wechſeln, ſo hängt es freilich nach Umſtänden vom Beklagten ab, ob er ſich dieſen Wechſel gefallen laſſen will, eben weil die Geſetze angeordnet haben, daß, wenn die Klage einmal dem Beklagten mitgetheilt ſey, dieſer verlangen kann, daß die Sache nun auch vor dieſem Gerichte ausgetragen werde. Dieſer Einfluß des Beklagten, nicht auf

die Wahl, ſondern auf die Feſthaltung an dem von dem Kläger freiwillig ausgewählten Gerichtsſtande, iſt ſelbſtredend kein Ausfluß einer Prävention, ſondern der Fortdauer der Gerichtsbarkeit [8]). Auch haben die Geſetze dieſes Recht auf die Fortdauer der Gerichtsbarkeit und die Beendigung der Sache durch das einmal dafür zuſtändig geworden Gericht ſo beſtimmt ausgeſprochen, daß der Kläger dieſer Nöthigung auch nicht dadurch ausweichen kann, daß er den Prozeß vor ein anderes Gericht zu bringen verſuchte. Die Geſetze nöthigen den Kläger zur Fortſetzung und Beendigung vor demſelben Gerichte; **Sancimus, ut actor, coeptam causam usque ad finem persequatur.** Eine Streitſache, die als anhängige vor einem Gerichte, erledigt werden ſoll, iſt vor einem andern Gerichte keine **coepta causa.** Mit Recht würde der Beklagte alſo die Einlaſſung vor einem andern Gerichte verweigern, und ſich dafür blos auf die Fortdauer der Gerichtsbarkeit des erſten Gerichts, keinesweges auf Litispendenz berufen müſſen. Daß aber ein Gericht, **ubi lis coepta finiri debet** auch ein ausſchließliches ſey, ergibt Wortlaut und Begriff. Hiermit iſt nun aber doch nicht behauptet, daß der Kläger nicht in dem Falle von der frühern Wahl abgehen dürfe, wenn der Gegner nicht widerſpricht; denn unter dieſer Vorausſezzung fehlte es dem zuerſt angegangenen Gerichte, wie ſchon oben bemerkt, an aller Veranlaſſung, ſeine Zuſtändigkeit geltend zu machen, und dem zuletzt angegangenen, an einem rechtsbeſtändigen Antrage, die Sache zurückzuweiſen, weil Zuſtändigkeit im allgemeinen der Natur des Verhältniſſes nach vorausgeſetzt wird, deren Beſchränkung im concreten Falle eine Partei in ihrem Intereſſe erſt in Anregung bringen müßte [9]).

8) Fr. 19. pr. de iurisdictione 2, 1. Fr. 30. de iud. 5, 1. Cap. 20. X. de off. et potest. iud. del. 1, 28. Cap. 19 X. de foro comp. 2, 2.

9) Sintenis Erläuterungen I. S. 60—62.

II.

Die Prävention der Gerichtsſtände ſetzt weſentlich voraus: daß die mehreren für dieſelbe Sache gleichzeitig zuſtändigen Gerichte auch mit rechtlichem Beſtande gleichzeitig angegangen und ſelbſt zu gleichzeitiger Einleitung des Verfahrens, beziehungsweiſe Inſinuation der Beſchlüſſe, veranlaßt werden können; und eine derartige rechtsbeſtändige prozeſſualiſche Einwirkung iſt, die Concurrenz der Gerichtsſtände vorausgeſetzt, nur möglich, wenn beide Theile die Rolle des Klägers wie des Beklagten übernehmen können. Ich ſagte, die Concurrenz der Gerichte vorausgeſetzt; denn es kann Fälle geben, worin zwar jede Partei die Rolle des Klägers, beziehungsweiſe des Beklagten übernehmen, aber dennoch von keiner Prävention der Gerichtsſtände die Rede ſeyn kann, wenn nämlich im concreten Verhältniſſe die Zuſtändigkeit auf ein Gericht zurückfällt, z. B. wenn die **fora domicilii, rei sitae** und **contractus** zwar concurrirten, dieſe Gerichtsſtände aber zufällig in ein und demſelben Gerichte ſich vereinigten, und beide Parteien auch daſſelbe **forum domicilii** hätten. In einem ſolchen Falle gibt es eine Prävention bezüglich der Parteirolle, nicht aber auch der Gerichtsſtände. Es folgt hieraus aber auch ferner, daß Prävention der Gerichte verſchieden von Prävention der Parteirolle iſt. Aus dieſer Betrachtungsweiſe wird ſich auch ergeben, welche Bedeutung die Darſtellung in meinem Lehrb. des Civilprozeſſes §. 105 hat, wenn daſelbſt geſagt iſt: „Können beide Theile die Rolle des Klägers übernehmen, ſo ſteht es in der Willkühr eines jeden Theils, welches der zuſammentreffenden Gerichte er zur Unterſuchung und Entſcheidung anrufen will. Da aber dieſelbe Streitſache nicht vor verſchiedenen Gerichten gleichzeitig verhandelt werden darf, auch nicht beide Parteien in derſelben Rechtsſache die Rolle des Klägers übernehmen können, ſo müſſen Regeln aufgeſtellt werden, wonach ſowohl das ausſchließliche Recht der Parteien auf die Rolle des Klägers, als der Gerichte auf die ausſchließliche Zuſtändigkeit beurtheilt

wird. Diese ausschließliche Befugniß entsteht dadurch, daß eine Partei der Zeit nach zuerst durch die Wahl der Parteirolle des Klägers seinem Gegner, oder beziehungsweise daß eine Gericht durch die frühere Ausübung seiner Jurisdiction, den andern Gerichten zuvorkommt. Eine solche Handlung nennt man Prävention, die also in doppelter Art, nämlich als eine Handlung des Klägers und des Gerichts vorkommen kann. Im Civilprozesse schafft sie nur Rechte der Parteien, und blos insofern, als diese darauf bestehen, folgeweise Rechte des prävenirenden Gerichts". Diese Darstellung ist in neuester Zeit von Brackenhoeft [10]) gerade darin angegriffen worden, daß dadurch, daß eine Partei ein Recht darauf hat, vor einem bestimmten Gerichte von mehreren zuständigen allein ihre Sache zu verhandeln und entschieden zu sehen, auch ein Recht dieses Gerichts für begründet angenommen wird, die übrigen Gerichte davon auszuschließen, wenn die betreffende Partei von jenem Rechte Gebrauch machen will. „Allein wie kann — bemerkt Hr. Brackenhoeft — durch jenes Privatrecht einer Partei ein solches Ausschließungsrecht des Gerichts gegen andere entstehen? Denn zu den Funktionen eines Civilgerichts gehört es doch gewiß nicht, die Parteien als solche gegen die Handlungen coordinirter Civilgerichte zu schützen. — Ein anderes Verhältniß tritt freilich ein, wenn ein Gericht in Beziehung auf einen gewissen Inbegriff von Gerichts-Eingesessenen als Bestandtheil der Staatsorganisation erscheint; nämlich dann, wenn es sich nicht davon handelt, welches Gericht eine gewisse Sache vor sich verhandeln zu lassen und zu entscheiden befugt sei, sondern davon, welches Gericht ermächtigt sei, die zu jener Verhandlung oder zur Verwirklichung des von ihm gefällten Urtheils erforderlichen zwingenden Maßregeln direct und unmittelbar gegen Personen oder Güter zu

10) Erörterungen üb. d. Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrb. d. Civilproz. Leipz. 1842. S. 270 f.

vollziehn. — In Anſehung dieſer Fnnktionen beſteht allerdings, indeß ohne alle Rückſicht auf eine beſtimmte Prozeßſache, ein Verhältniß der Ausſchließlichkeit des einen coordinirten Gerichts zu dem andern, ſo daß jedes befugt iſt, ſeine Angehörigen gegen derartige Handlungen anderer Gerichte zu ſchützen; aber hier vermöge eines Rechts. Bei der Prävention iſt aber von dem Gerichte als Subject eines beſtimmten Prozeßverhältniſſes die Rede; als ſolches ſteht es nur mit den bei ihm auftretenden Parteien in rechtlicher Beziehung, und hat einzig und allein im Verhältniſſe zu dieſen Befugniſſe und Obliegenheiten; die Handlungen anderer Gerichte (von Requiſitionen abgeſehen) ſind ihm in dieſer Eigenſchaft durchaus fremd. — Sind die Vorausſetzungen für die rechtliche Möglichkeit eines gültigen Verfahrens bei keinem andern Gerichte vorhanden, ſo kann von einem Präveniren und Ausſchließen überall keine Rede ſeyn; eben ſo wenig kann aber ein Grund vorhanden ſeyn, daß ein Gericht die Entſtehung dieſer Vorausſetzungen, bei einem andern Gerichte in Beziehung auf dasjenige ſtreitige Verhältniß hindere, in Anſehung deſſen ſie auch bei ihm vorhanden ſind; es iſt dies ſelbſt rechtlich unmöglich, weil es nicht in die Geſchäftsſphäre des andern Gerichts eingreifen darf, und jedes Gericht, bei dem dieſe Vorausſetzungen vorhanden ſind, kann aber deshalb auch gültig in der Sache handeln". Gegen dieſe Betrachtungsweiſe iſt zu erinnern: daß es allerdings zu den Funktionen eines Civilgerichts gehört, die Parteien als ſolche gegen alle Handlungen coordinirter Gerichte zu ſchützen, verſteht ſich mit Anwendung der Zwangsmaßregeln, die ihm geſetzlich zur Dispoſition geſtellt ſind, und zwar werden dieſe Maßregeln niemals ohne Rückſicht auf eine beſtimmte Prozeßſache provocirt, alſo auch nicht zur Anwendung gebracht werden können, ſo daß die Unterſcheidung, welche in der jenſeitigen Darſtellung darauf gebaut wird: ob ein Gericht in Beziehung auf einen gewiſſen Inbegriff von Gerichts-Eingeſeſſenen als Beſtandtheil der Staatsorganiſation han-

delt u. s. w. insofern von keiner Erheblichkeit seyn dürfte, als ohne diese Unterstellung niemals ein Gericht in seinem Rechte handeln würde, diese Unterstellung in ihrer Allgemeinheit aber stets erst in Rücksicht auf eine bestimmte Prozeßsache practisch wird, d. h. zur Anwendung gebracht werden kann. Eben darum, weil bei der Prävention der Gerichte von diesem als dem Subjecte eines bestimmten Prozeßverhältnisses die Rede ist, steht es zwar mit den bei ihm auftretenden Parteien in rechtlicher Beziehung, hat aber nicht einzig und allein im Verhältnisse zu diesen Befugnisse und Obliegenheiten, sondern gerade diese Obliegenheiten berechtigen und verpflichten das Gericht zu allen denjenigen Schritten und Maßregeln, welche die Gesetze einräumen, um jene Pflichten zu erfüllen. Es ist aber überall nicht einzusehen, warum die durch Prävention zur ausschließlichen Gerichtsbarkeit gewordene Jurisdiction nicht dieselbe Attribute haben sollte und dürfte, die jede Gerichtsbarkeit außer dem Falle der Concurrenz hat. Daß die, Prävention benannte, prozessualische Einwirkung durch eine Partei veranlaßt, und die durch die Prävention einem Gerichte ausschließlich werdenden Befugnisse in ihrer Anwendung bedingt sind durch Anträge der betreffenden Parteien, ist in jedem Prozeßsysteme, welches auf die Verhandlungsmaxime gebaut ist, eine eben so folgerichtige als ganz natürliche Erscheinung, die deshalb im Civilprozeß auch keinesweges isolirt steht, sondern in allen prozessualischen Verhandlungen ihres Gleichen, ihre Analogieen hat; so wie es ja eine bloße Folge von dem Gebrauche ist, den die betreffende Partei von ihrem Rechte macht, daß von concurrirenden Gerichten ein einziges ausschließlich zuständig wird; und aus demselben Gesichtspunkte die ganze Lehre von der Prorogation erklärt werden muß. Sodann liegt es ja gerade im Begriffe der Concurrenz, daß bei allen zusammentreffenden Gerichten die Voraussetzungen für die rechtliche Möglichkeit eines gültigen Verfahrens vorhanden sind, sowie im Begriffe der Prävention, daß ein Gericht diese Möglichkeit ausschließlich erhält; eben

darum muß aber von Ausſchließen die Rede ſeyn; und eben in der Weſenheit der Prävention liegt der Grund, daß ein Gericht rechtlich zuläſſig die Wirkſamkeit der Zuſtändigkeit bei einem andern Gerichte in Beziehung auf dasjenige ſtreitige Verhältniß, in Anſehung deſſen bei ihm dieſe Wirkſamkeit, wie die Prävention unterſtellt, zur Thatſache geworden iſt, hindern darf. Dadurch greift das prävenirende Gericht nicht in die Geſchäfts-Sphäre des andern Gerichts ein, denn jedes andere Gericht, bei dem concurrente Jurisdiction vorhanden iſt, durfte rechtlich nur bis zu dem Momente gültig in der Sache handeln, worin die Prävention noch nicht die Ausſchließlichkeit eines Gerichts begründet hatte. Von dieſem Momente an iſt die Concurrenz nur noch ein geſchichtliches Factum, ohne weitere rechtliche Wirkſamkeit, die aber durch die Prävention beſeitigt worden iſt. Ob man der Abſtraction zu Liebe die frühere (prävenirende) Amtsthätigkeit als eine Quaſi-Beſitzhandlung (**anteoccupatio iurisdictionis**) darſtellen und betrachten will, dürfte für die Dogmatik der Lehre etwas ſehr gleichgültiges ſeyn, wenn man daraus nicht falſche Conſequenzen ableitet. Die Behauptung nun, daß bei jener Quaſi-Beſitzhandlung die **prioritas temporis** den Ausſchlag geben müſſe [11]), iſt eine richtige, dem Inſtitute entſprechende Conſequenz, denn es wird damit dem Quaſibeſitzer der Vorzug (die ausſchließliche Zuſtändigkeit) zugeſprochen. Wenn dagegen Hr. Brackenhoeft bemerkt: „wo von einem Vorzuge zwiſchen mehreren Befugniſſen die Rede ſein ſoll, müſſe doch nicht bloße Concurrenz, ſondern auch eine Colliſſion vorhanden ſein; und eine ſolche fehle, weil ja jedes angegangene Gericht in Beziehung auf ganz andere Parteihandlungen und auf ein ganz anderes Streitverhältniß thätig werde"; ſo kann darauf nur entgegnet werden, daß die Concurrenz und Prävention keine Colliſſion vorausſetzt; daß es ſich dabei nur um eine

11) Fr. 128. pr. de R. J. Geſterding Irrthümer. S. 454. f. Sintenis Erläut. S. 61. f.

Sache handele, und um ein und dieselbe Sache, welche bei mehreren Gerichten angebracht werden könnte, so daß also, wenn die nämliche Sache bei mehreren Gerichten angebracht wird, es, der Unterstellung nach nicht verschieden, sondern ein und dasselbe Streitverhältniß ist. Daß aber ein Vorzug nicht blos einen Concurrenz- sondern auch einen Collisionsfall voraussetze, ist eine nicht zuzugebende Behauptung, die unbewiesen hingestellt ist, und meines Ermessens nicht bewiesen werden kann. In der quasi possessio an sich liegt allerdings kein Grund, anderer Gerichte von einer quasi possessio ihrer daneben bestehenden Competenz auszuschließen; aber daraus folgt denn höchstens, daß die Grundsätze von der Quasipossessio nicht geeignet sind in der Lehre von der Concurrenz und Prävention Aufklärung zu verschaffen. Dieses ist meine Ansicht von jeher gewesen; ich habe jenes Princip weder adoptirt noch benutzt, und bin also auch für die Widersprüche, welche daraus in Verbindung mit meiner Darstellung der Lehre sich sollten nachweisen lassen [12]), nicht verantwortlich; wiewohl ich nicht unbemerkt lassen will, daß bei der Annahme der Quasipossessio gerade durch die Folgen der Prioritas temporis die richtigen Grundsätze der Prävention auch abgeleitet worden sind, und werden konnten. Daß nach der Anwendung der Grundsätze der Quasipossessio ein Ausschluß derjenigen Gerichte, welche später eingeschritten, nur so bewirkt werden könnte, daß eine Partei sich gegen die Thätigkeit des prävenirten Gerichts auf die quasi possessio des prävenirenden beriefe; ist zuzugeben, aber auch eben darum nöthig, weil das Recht der Partei bedroht ist wegen eines und desselben streitigen Verhältnisses nur einmal ein Streitverhältniß einzugehen, wenn bei dem einen, zuerst angegangenen Gerichte, schon ein solches eingegangen ist. Daß aber das prävenirende Gericht nicht amtswegen, sondern auf Anrufen einer Partei sich über den Bestand der Prävention

12) Brackenhoeft a. a. O. S. 271. N. 3.

ausspricht, liegt in der Maxime des Civilverfahrens, und beweißt also nichts gegen die Tauglichkeit der Grundsätze von der Quasipossessio in ihrer Anwendung auf unseren Gegenstand und nichts gegen die Realität der Lehre von der Prävention der Gerichte. Darauf aber, ob das prävenirende Gericht durch ein Einschreiten eines prävenirten Gerichts in seiner Competenz nicht gehindert, auch in seinen Befugnissen nicht gekränkt wird, kann nichts ankommen, weil es sich bei Competenzfragen um solche Rücksichten der Theorie nach nicht handelt, und in der Lehre von der Prävention insbesondere immer nur darum, welche gesetzlichen nnd der Natur des Verhältnisses entsprechenden Grundsätze Gültigkeit haben; denn diese sind die Richtschnur, nach welcher die Parteien, die zusammentreffenden Gerichte, und die höhern Gerichte, wenn darüber ihre Entscheidung eingeholt wird, sich zu richten haben.

Brackenhoeft schließt die Darstellung, in welcher die Prävention der Gerichte einer Prüfung unterworfen ist, mit der Bemerkung: „wenn nun nach dem Gesagten es rechtlich unmöglich ist, daß ein Gericht durch seine Thätigkeit eine Befugniß erwerbe, die Thätigkeit eines andern Gerichts in dessen Geschäftskreise zu hemmen; so gehört die Prävention der Gerichte im Civilprozesse zu denjenigen Lehren, welche jedes gesunde Nachdenken als unverdaulich zurückweisen wird und daher aufgegeben werden muß. Auch kann sie dadurch nicht gerettet werden, daß sie, (wie im Linde'schen Lehrb. §. 106 unter III geschehen) mit der von ihr ganz verschiedenen Prävention der Parteirollen in Verbindung gesetzt wird". Hierauf ist nun schließlich noch zu bemerken: daß in der Lehre von der Prävention der Gerichte die Befugniß des prävenirenden Gerichts die Thätigkeit eines andern Gerichts im Geschäftskreise zu hemmen, niemals in der unterstellten Weise behauptet worden ist. Es soll nur mit einem Worte erwähnt werden, daß eine Folge der Prävention die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit des prävenirenden Gerichts für die eine Streitsache ist, und deshalb ein anderes Gericht

einen gesetzlichen Geschäftskreis für diese nämliche Sache nicht mehr hat; Sache der Parteien ist es, jedes Verweigern der Rechtshülfe oder anmassende Einschreiten auf gesetzmäßigem Wege zu reprimiren zu versuchen, wozu die geeigneten Rechtshülfen bei den prävenirenden und prävenirten Gerichten und in höhern Instanzen anzuwenden sind.

Inwiefern aber die Verbindung der Prävention der Parteirollen mit der der Gerichte etwas Ungeeignetes sei, läßt sich zum Theile aus dem im Eingange dieser Darstellung Bemerkten beurtheilen; wir werden aber darauf noch einmal zurückkommen.

Haben wir die Darstellung und Absicht Brackenhoeft's richtig aufgefaßt, so bezweckt er, an die Stelle der Prävention der Gerichte die Litispenednz zu setzen, d. h. dieser die Wirkung der Prävention beizulegen. Bestimmt ausgesprochen ist das freilich nicht; scheint uns aber in den Bemerkungen zu liegen: „daß das Berufen auf die Litispendenz den Beklagten schütze, wenn dieselbe Sache gegen ihn vor verschiedenen concurrirenden Gerichtsständen eingeleitet werde"; und in der ferneren: „daß, wenn ich in meinem Lehrb. gesagt: die Prävention folge nicht aus der Litispendenz, dagegen nichts einzuwenden, wohl aber zu erinnern sei, daß dann die Prävention als rechtlich bedeutungslos hinwegfallen müsse [13]).

Die von mir im Lehrbuche gemachte Bemerkung: daß die Prävention aus der Rechtshängigkeit nicht hergeleitet werden könne, hatte den Sinn, daß die Prävention nicht als eine Folge der Litispendenz betrachtet werden dürfe; eine Bemerkung, wozu schon ältere Prozessualisten Veranlassung dadurch gaben, daß sie die Rechtshängigkeit als eine nothwendige Folge der Prävention, aber nicht umgekehrt, die Prävention nicht als eine Folge der Rechtshängigkeit betrachteten.

---

13) Brackenhoeft a. a. O. S. 272.

So z. B. Claproth im ord. Proz. Hauptſt. IV. §. 43, 44 [14]). Dieſe Theorie beruhte auf der Anſicht: daß zwar nicht nach römiſchen, aber wohl nach canoniſchem Rechte, welches in dieſer Lehre gemeinrechtlich die Grundlage bilde, die Rechtshängigkeit mit der Mittheilung der Klage entſtehe [15]); und weil mit dieſer Mittheilung immer auch die Prävention eintritt, ſo lehrte man, wo Prävention ſei, da ſei auch Litispendenz. In neueſter Zeit hat man, gleichfalls von der Vorausſetzung ausgehend, daß durch das erſte inſinuirte richterliche Decret die Litispendenz entſtehe, gerade umgekehrt behauptet, die Prävention ſei durch das Daſeyn der Litispendenz bedingt [16]), während Sintenis [17]) zwar zugibt: daß die Prävention nicht aus der Rechtshängigkeit hergeleitet werden könne, doch behauptet: daß die Prävention mit dem Begriffe der Litispendenz auch der Zeit nach völlig übereintreffe.

Was nun das Verhältniß der Prävention zu der Litispendenz betrifft, ſo wird dieſes verſchieden beſtimmt werden, je nach dem die Theorie iſt, welche man über Litispendenz [18])

---

14) Claproth hat alſo nicht, wie Brackenhoeft referirt, gelehrt: die Prävention entſtehe aus der Litispendenz; ſondern gerade umgekehrt; denn er ſagt: „wo eine Prävention eintritt, da iſt auch eine Rechtshängigkeit vorhanden; aber nicht umgekehrt".

15) Clem. 2. ut lite pend. 2, 5. „Cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus postquam a iudice competenti in ea citatio emanavit, et ad partem citatam pervenit; vel per eam factum fuit, quominus ad eius notitiam perveniret".

16) Franke Civilproz. §. 68. S. 166 f. Derſelbe im Archiv f. civ. Praxis XVI. S. 446.

17) Erläuterungen I. S. 75.

18) Die Worte in Clem. 2. cit. „litem quoad hoc pendere censemus" beweiſen doch wohl, daß von einer Litispendenz als Folge der Citation, nur bezüglich des Verbots der Innovation die Rede ſeyn ſollte. Vergl. über die Wirkung des erſten Decrets mein Lehrbuch §. 200 und die Litispendenz als eine Wir-

und Prävention aufstellt. Wenn man sich z. B. überzeugt hält, daß die Litispendenz durch die Insinuation des ersten Decrets entsteht, und dieselbe gerichtliche Handlung zur Begründung der Prävention für nothwendig ansieht, dann können allerdings Prävention und Litispendenz als Folge derselben richterlichen Einwirkung betrachtet, aber darum doch noch nicht identifizirt werden. Wenn man aber sogar berücksichtigt, daß es verschiedene Arten der Prävention gibt, je nachdem beide Theile, oder nur einer als Kläger auftreten kann, daß nach dieser Verschiedenheit durch die Prävention theils die Parteirolle, theils die ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichts festgestellt werden soll; daß in der Theorie noch immer verschiedene Meinungen darüber herrschen, durch welche Arten von richterlichen Decreten die Prävention in dem einen und dem andern Falle entsteht; und daß die Litispendenz als ein von der Prävention ganz verschiedenes Institut betrachtet werden kann, mit eigenthümlichen Folgen, welche mit denen der Prävention in keinem nothwendigen Zusammenhange stehen, dann muß man es auch nicht blos als gerechtfertigt, sondern selbst als nothwendig betrachten, Prävention und Litispendenz als zwei verschiedene prozessualische Institute zu behandeln, die in ihrer Begründung und in ihren Wirkungen Manches gemeinschaftlich haben können, aber darum doch nicht mit einander verwechselt werden dürfen. Daß diejenigen, welche den entgegengesetzten Weg auch nur theilweise einschlagen, darauf in neue Irrungen führen, läßt sich leicht nachweisen. So lehrt z. B. Sintenis a. a. O. S. 74. f., „daß das Recht des Beklagten, wenn der Kläger von einem gewählten Gerichtsstande ab, und zu einem neuen übergeht, sich in Bezug auf die früher erhobene Klage dem

---

kung der Litiscontestation §. 206, und eine überzeugende Nachweisung, daß die Litispendenz nicht mit der ersten Citation identifizirt werden darf: in Joan. Bapt. Sartorius de litispendentiae vero initio programma. Turici 1837.

zu widerſetzen, aus der Rechtshängigkeit deshalb nicht herzuleiten ſey, weil die Rechtshängigkeit an ſich gar keine rechtlichen Folgen habe, ſondern für die gewöhnlich daran geknüpften ſich im einzelnen überall andere Anknüpfungspunkte zeigen: und jenes Recht als eine Wirkung des erſten Decrets zu betrachten ſey". Gleichwohl wird nun hinzugefügt: „die Einrede, mittelſt welcher der Beklagte dieſes Recht geltend macht, würde man paſſend von der Prävention nur in dem Sinne benennen, wenn man die des Gerichts verſteht, denn der Kläger ſelbſt kann ſich nicht zuvorkommen. Ganz angemeſſen würde auch der Name der Rechtshängigkeit ſeyn, nur laſſe man dann das über ihr Weſen Geſagte nicht außer Acht". Soll man hiernach das über das Weſen der Rechtshängigkeit Geſagte nicht außer Acht laſſen, dann muß man auch zugeſtehen, daß die Benennung unpaſſend iſt; denn wenn das fragliche Recht des Beklagten kein Beſtandtheil und keine Folge der Rechtshängigkeit iſt, ſo kann es auch paſſend unter dieſer, alsdann techniſch die Sache nicht bezeichnenden, Benennuug nicht geltend gemacht werden. Die Benennung Prävention iſt aber bezeichnend ſelbſt für den Fall, wenn eine Präventiou der Parteirolle geltend gemacht werden ſoll, weil der Kläger wie der Beklagte Intereſſe dabei haben kann, gerade in der Parteirolle ſich zu ſchützen, die ihm zu Theil geworden iſt; und wenn demnach der Kläger, welcher zuerſt klagte, dem ſpäter auftretenden Gegner erwidert, durch ſeine, des Klägers früheres Auftreten ſeye ſowohl bezüglich des Gerichtsſtandes als der Parteirolle durch Prävention dem Gegner die rechtliche Möglichkeit genommen, ſowohl als Kläger, als auch von einem andern Gerichte dieſer Sache wegen ein Verfahren einzuleiten; oder wenn in einem ſolchen Falle der zuerſt aufgetretenen Kläger, ſpäter dieſelbe Sache nochmals vor einem andern Gerichte als Kläger anbringen, oder den Beklagten aus irgend einem Grunde zur Klage provociren wollte, und nun der Beklagte ſein Recht aus der Prävention vorſchützte, ſo würde dieſes Benehmen von Seiten der die Prä-

vention vorschützenden Parteien, je nach Lage des Falles, prozessualisch ganz in der Ordnung seyn.

Hiernach wird es Grundsatz für die Darstellung im Systeme und für das Benehmen in der Anwendung bleiben müssen, sich auf die Prävention zu beziehen, resp. zu berufen, wenn es sich um Darstellung und Geltendmachung von Rechten handelt, die Wirkung der Prävention sind, und auf Rechtshängigkeit, wenn deren Wirkungen in Frage stehen.

Bezüglich der Prävention der Parteirollen ist hierüber bis jetzt auch kein Anstand erhoben, und die Verbindung dieser Prävention mit der der Gerichte, bis jetzt nur der Verschiedenheit beider wegen mißbilligt. Da die Verbindung aber auf den Grund der, neben jener Verschiedenheit, bestehenden Gleichartigkeit methodisch gerechtfertigt bleibt, wie aus dem Inhalte beider Präventionsverhältnisse hervorgeht, so bleibt die vereinigte Darstellung im Systeme gerechtfertigt.

III.

Es ist schon bemerkt worden, daß die Prävention eines Gerichts bestimmt begründet sei, wenn dasselbe durch einen auf rechtsförmliche Art auch nur einem Theile bekannt gemachten Beschluß, ausdrücklich oder stillschweigend seine Zuständigkeit der Zeit nach zuerst erklärt habe. Dem Inhalte nach muß dieser Beschluß nur von einem zuständigen Richter gefaßt werden können, die Zuständigkeit darin direct oder indirect ausgesprochen seyn, ohne daß aber gerade ein Eingehen auf die materialia causae nothwendig wäre; es genügt vielmehr, wenn dieses nur eingeleitet wird. Aber dabei wird alsdann vorausgesetzt, daß wenn das richterliche Dekret auch nicht auf eine Erhebung einer Klage erfolgte, es doch nicht blos solche vorbereitende Schritte enthalte, welche auch von einem für die Hauptsache nicht zuständigen Gerichte vorgenommen werden können, und keine spezielle Beziehung auf die wirkliche Einleitung eines Rechtsstreits vor einem bestimmten Gerichte haben, z. B. Anmeldung zum Hypothekenbuche, Kapitalaufkündigungen, Aufnahme eines Beweises zum ewigen

Gedächtniß [19]). Präparatoriſche Schritte dagegen, welche wirklich mit dem einzuleitenden Verfahren in engerer Beziehung ſtehen, können unter Umſtänden zur Prävention hinreichen, z. B. actio ad exhibendum, Editionsgeſuche. Verfügungen des Gerichts, welche die Klage angebrachter Maſſen verwerfen, oder wodurch ſich daſſelbe für unzuſtändig erklärt, laſſen, wenn dagegen Einwendungen erhoben werden, die Prävention ſo lange unentſchieden, bis über dieſe Einwendung definitiv abgeurtheilt iſt, und werden jene Verfügungen in Folge hiervon abgeändert, ſo wird die Prävention auf den Moment der erſten abweiſenden Verfügung zurückbezogen [20]). Man hat dieſen Grundſatz für inconſequent mit der Anſicht, daß das Gericht prävenire, erklärt, und darin eine Einwirkung des Gefühls, daß eigentlich der Kläger ſeinen Gegner prävenire, gefunden [21]); allein dabei iſt überſehen, daß wenn man im Prozeſſe von den richterlichen Handlungen und ihren Wirkungen redet, nach der Bedeutung des Verhältniſſes der Stufenfolge richterlicher Thätigkeit, die höhere Inſtanz mit ihrer Intelligenz und ſonſtiger Einwirkung ſtets ergänzend, verbeſſernd und dem geſetzlichen Willen genügend, gewiſſermaßen die Stelle der untern Inſtanz vertritt, und ſo formell die Beſtimmung des höhern Richters auch als die des untern angeſehen wird und werden muß, womit ſich die richterliche Selbſtſtändigkeit begreiflich ſehr wohl verträgt, ja ſogar vernünftig auf ein ſolches hierarchiſches Syſtem im Allgemeinen nur baſirt werden konnte. Sodann ſpricht aus der Faſſung des Grundſatzes noch ſehr beſtimmt, daß nicht der Kläger, ſondern das Gericht prävenire, weil die Prävention nicht auf den Moment des Anrufens des Klägers; ſondern auf den der richterlichen Verfügung zurück beſtimmt

19) Sintenis Civ. I. S. 65. Seuffert Civilproz. I. S. 190. Claproth ord. Proz. §. 148.

20) Cap. 38. X. de off. iud. deleg. 1, 29.

21) Brackenhoeft a. a. O. S. 276 f.

wird. Daneben ist nun aber richtig bemerkt worden, daß man den angebrachtermaßen abgewiesenen Kläger nicht insofern gebunden halten könne, daß er mit der neuen Klage kein anderes Gericht angehen dürfe, weil er gewählt habe [22]), weil eine inepte Klage ihrem Begriffe nach nicht als angestellt betrachtet werden kann, und gerade dieses im richterlichen Ausspruche rechtsentschieden liegt, wenn dieser Ausspruch unabänderlich erfolgt ist. Daß aber gegen derartige richterliche Dekrete, sie mögen die Einleitung eines Verfahrens anordnen oder zurückweisen, und diese Verfügung gleich auf einseitiges Anbringen des Klägers, oder nachdem darüber eine Verhandlung stattgefunden, Gegenvorstellungen und andere Rechtsmittel zulässig sind, ist schon anderwärts nachgewiesen [23]).

IV.

Am leichtesten zu Verwicklungen führt der Fall der Concurrenz, wenn beide streitende Theile berechtigt sind, die Rolle des Klägers zu übernehmen. Dieses ist nämlich zulässig zunächst bei den mixtae actiones. „Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi [24]), sodann bei Präjudizialsachen [25]), Reallasten und Servituten [26]). In Fällen dieser Art kann nun von der Prävention einer zweifachen Concurrenz die Rede seyn, nämlich der der Parteirolle und der der Gerichtsbarkeit.

---

22) Sintenis a. a. O. S. 73.

23) Meine Abh. in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. IV. S. 13 f. Mein Lehrb. §. 381. N. 2.

24) Fr. 37. §. 1. de O. X. A. 44. 7. Fr. 10. fin reg. 10, 1. Fr. 2. §. 3. fam. ercisc. 10, 2.

25) Fr. 13. de except. et praesc. 44. 1.

26) §. 2. J. de act. 4, 6. Fr. 5. §. 6. si ususfruct. pet. 7, 6, Fr. 6. §. 1. si serv vind. 8, 5. v. Savigny Besitz §. 37. u. meine Abh. in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XV. S. 348. f. wo Verhältnisse ähnlicher Art angedeutet sind.

1) Was nun zunächſt die Concurrenz der Parteirollen anbetrifft, ſo iſt für diejenigen Fälle, in welchen unbeſtreitbar beide Theile gleiche Befugniß haben, die Rolle des Klägers zu übernehmen, im römiſchen Rechte der Grundſatz aufgeſtellt: „eum videre actorem, qui ad iudicium provocasset [27]). Es wird in dieſer Stelle allerdings nicht ausdrücklich geſagt, daß diejenige Partei als Kläger anzuſehen ſei, welche zuerſt in dem Gerichte erſchienen, und darum behauptet Brackenhoeft [28]), daß in Anſehung der Ausübung eines mehreren zuſtehenden Wahlrechts bezüglich der Parteirolle als Kläger die Regel: daß der eine den andern durch frühern Zugriff ausſchlöſſe, nicht gelte. Dieſe Anſicht iſt aber gewiß unrichtig, denn wenn das Geſetz ſagt: daß die Parteirollen vertheilt werden müſſen [29]), und daß derjenige Kläger ſey, der das Richteramt in der Sache angerufen habe [30]), dann verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn von mehreren zu einem ſolchen Anrufen Berechtigten einer früher als die andern angerufen hat, dieſer eben wegen ſeines frühern Zugriffs Kläger geworden iſt, und damit den übrigen keine andere, als die Rolle des Beklagten übrig blieb [31]). Indirect liegt alſo in der Lehre des Cajus allerdings die Regel, daß wer zuerſt anruft, allein der Kläger iſt. Darum bedurfte es einer Entſcheidungsnorm nur noch für den einen als zweifelhaft übrig bleibenden Fall, wenn beide Theile gleichzeitig das Gericht angerufen hatten; und dieſe Ent-

27) Fr. 13. de iud. 5, 1. Fr. 2, §. 1. com div. 10, 3.

28) Erörterungen S. 274. Daß ich übrigens früher ſelbſt in einem ähnlichen Irrthum ſchwebte, geht aus der Darſtellung in meinem Lehrb. des Civilproz. Aufl. 5. §. 106. Note 2, und Zeitſchrift f. Civilr. u. Proz. XV. S. 346. hervor.

29) Fr. 62. de iud. 5, 1. Vergl. v. Savigny Beſitz. §. 8. S. 109. (Ausg. 6).

30) Fr 13. de iud.

31) Auch Fr. 29. de iud. „Qui appellat prior, agit“, enthält offenbar denſelben Grundſatz.

ſcheidung gibt uns Ulpian: „Si cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet[32]). Zwar iſt hier von keinem gleichzeitigen Anrufen ausdrücklich geſprochen; aber das verſteht ſich wieder von ſelbſt, weil das ſucceſſive ſeine Regel ſchon hatte. Daß das Loos nur die gewöhnliche Art war, einen Colliſſionsfall zu löſen, zeigen andere Geſetze, worin dem richterlichen Ermeſſen, in ähnlichen Fällen die Beſtimmung überlaſſen war[33]). Da die Geſetze nun aber wieder nicht unterſcheiden zwiſchen den Fällen, in welchen das ſucceſſive oder gleichzeitige Anrufen der Gerichte von Seiten der Betheiligten vor ein und demſelben und vor verſchiedenen Gerichten Statt gefunden hat; ſo entſteht die Frage, welchen Einfluß dieſer Unterſchied auf die Prävention der Parteirollen und die ausſchließliche Competenz eines Gerichts äußere?

Wenn die mehreren Betheiligten nacheinander oder gleichzeitig daſſelbe Richteramt angerufen haben, dann iſt ſelbſtredend von einer Concurrenz der Gerichte keine Sprache. Da nun in dem ſo eben Entwickelten die Grundſätze angegeben ſind, nach welcher in dieſem Falle die Parteienrollen zu vertheilen ſind, ſo hat das Gericht demnach die Rolle des Klägers und Beklagten ſofort nach der Priorität der Anmeldung, beziehungsweiſe durch das Loos zu beſtimmen, und ſodann in der Sache fortzufahren. In dem unterſtellten Falle iſt ſonach von den Parteien nicht eigentlich

---

32) Fr. 14. de iud. 5, 1. Daß dieſe Beſtimmung ſich nur auf den Fall bezieht, wo ſich überall keine Priorität in der Anſtellung der Klage nachweiſen läßt, iſt, bei richtiger Auslegung und Anwendung des Fr. 13. eod. begreiflich, und eben darum dieſes Fragment neben dem Fr. 14. cit. nicht müßig.

33) Fälle, in denen nicht die Coliſſion der Partheirollen, ſondern die Frage; wer eine Privatklage im öffentlichen Intereſſe führen ſollte, gelöst iſt, enthalten. Fr. 3. §. 9, 10, 12. de hom. lib. exhib. 43, 29. Fr. 2. de pop. act. 47, 23.

die Wahl blos erklärt [34]); ſondern es iſt die Befugniß als Kläger aufzutreten, wirklich ausgeübt.

Wenn dagegen mehrere zur Uebernahme der Rolle des Klägers gleich Berechtigte vor verſchiedenen, gleich zuſtändigen, Gerichten in der Sache auftreten, dann entſteht die Frage: ob in dieſem Falle die Prävention der Parteirolle über die ausſchließliche Zuſtändigkeit eines Gerichts, oder die Prävention des Gerichts über die Zutheilung der Parteirolle entſcheiden ſoll? Würde hier die Prävention der Parteirolle den Ausſchlag geben, dann könnte es ſich ereignen, daß dasjenige Gericht, welches ſeine Zuſtändigkeit erklärt, die Einleitung der Sache verfügt, und die dahin abzielenden Dekrete und Inſinuationen zuerſt erlaſſen hätte, doch nicht das zuſtändige bliebe, weil vor einem andern, wenn gleich bis dahin unthätig gebliebenen, Gerichte eine Partei früher die Klage angebracht habe. Dieſes Ergebniß würde aber der geſetzlichen Beſtimmung über die Fortdauer der Gerichtsbarkeit des Gerichtes ſprechen, an welchem lis coepta iſt; denn ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet; und begonnen hat in dieſer Beziehung der Rechtsſtreit, wenn dem Beklagten die Ladung zugekommen iſt, denn alsdann iſt der Kläger wider den Willen des Beklagten nicht befugt von dieſem Gerichte zurückzutreten [35]), und der Beklagte berechtigt vor dieſem Gerichte Recht zu nehmen [36]). Auf dieſe Betrachtungsweiſe ſtützt ſich die Darſtellung: daß, weil die Prävention des Gerichts für die Frage entſcheide, wo der Rechtsſtreit zu führen ſei, und weil jene Prävention immer durch eine Handlung des Klägers veranlaßt werde, dieſer vor dieſem Gerichte deshalb ſeine beſtimmte Parteirolle habe, man in ſolchen Fäl-

34) Wie ſich Martin Civilproz. §. 61. (59) N. 2. ausdruckt. S. Sintenis Erläut. I. S. 69.

35) Const. 4. de in ius vocando. N. 112. C. 3.

36) Fr. 19. de iurisd. 2, 1. Fr. 7. de iudiciis. 5, 1. cap. 19. X. de foro comp.

len nur die Grundsätze von der Prävention der Gerichte darzulegen brauche, um zugleich über die Prävention der Parteienrollen die Entscheidung zu haben.

V.

2) Collision der Gerichte ist dann vorhanden, wenn die mehreren Berechtigten vor verschiedenen concurrenten Gerichten aufgetreten sind, und diese gleichzeitig in rechtsgültiger Form das Verfahren so eingeleitet haben, daß für jedes die Zuständigkeit gleichmäßig befestigt ist. Hier ist also nicht eigentlich der Fall eines affirmativen Jurisdictionsconflicts vorhanden, der durch das Einschreiten des nächsten gemeinsamen Obergerichts vermittelst eines Attributionsbescheids zu erledigen wäre [37]); sondern es wird ein wirklicher Collisionsfall vorausgesetzt, der darum auch regelmäßig nur durch das Loos zu beseitigen ist.

Hierbei versteht sich aber wieder von selbst, daß über die Frage, ob ein Collisionsfall vorhanden, nach Umständen Rechtsmittel zulässig sind, und daß dabei der höhere Richter besonders dann, wenn die Gerichte successiv angerufen waren, aber gleichzeitig das Verfahren einleiteten, in dem Benehmen des zwar früher angerufenen, aber doch nur gleichzeitig, mit dem später angerufenen, handelnden Gerichte, Gründe finden kann, es nicht auf Entscheidung durch das Loos ankommen zu lassen.

VI.

Die Wirkung der Prävention hört wieder auf, wenn beide Theile der richterlichen Verfügung keine Folge leisten, oder ausdrücklich darauf verzichten; also auch wenn der Beklagte sich vor einem andern Gerichte einläßt, ohne sich auf Prävention oder Fortdauer der Gerichtsbarkeit zu berufen,

---

37) Wie Spangenberg Com. z. Proz. Ord. f. d. Untergerichte d. K. Hannover. Hanov. 1829. I. §. 6. S. 58. die Sache anzusehen scheint.

oder wenn das zuvorgekommene Gericht ſeine Gerichtsbarkeit verliert, oder wenn dabei keine Rechtshülfe zu erlangen iſt [38]). Zu dieſen, in meinem Lehrb. aufgezählten Wiederaufhebungsgründen, wurde von Sintenis [39]) bemerkt, daß noch einer mehr gezählt werden müſſe, nemlich wenn derjenige Theil, der als Kläger aufgetreten, die Klage fallen laſſe; nur dürfe man hiermit den Fall nicht gleichſtellen, wenn der erſte Kläger ſeinen Prozeß liegen laſſe; weil, wenn in dieſem Falle auch der frühere Beklagte für befugt gehalten werden müſſe, eine Klage anzuſtellen, er doch den Einwand des erſten Klägers, daß der Prozeß ſchon anhängig ſey (die Gerichtsbarkeit fortdaure), nicht mit der Replik, daß er liegen geblieben, zu beſeitigen vermöge, weil es der Beklagte (jetzt aufgetretene Kläger) in ſeiner Gewalt habe, ihn in Bewegung zu ſetzen, und zu demſelben Ziele zu gelangen. Dieſe Darſtellung an ſich iſt nicht zu beanſtanden, die Sache war aber von mir nicht überſehen, und wurde damit im Lehrb. angedeutet, daß der ausdrückliche beiderſeitige Verzicht, als ein Aufhebungsgrund hervorgehoben wurde; womit ſowohl der Fall, wenn der Kläger die Klage fallen läßt, als der, wenn er den Prozeß liegen läßt, umfaßt war [40]).

---

38) S. Martin Lehrb. d. Civilp. §. 61. (59). Mein Lehrbuch d. Civilproz. §. 106.

39) Erläut. I. S. 73. f. S. auch Brackenhoeft Erört. S. 277.

40) Es finden hier überhaupt die Grundſätze über Beendigung des Streits angemeſſene Anwendung. S. mein Lehrb. §. 157. 197. 200. 232., deren Spezialiſirung hier zu weit führen würde. — Wenn ein Gericht ſeine Gerichtsbarkeit in Anſehung der Art, der in Frage befindlichen Rechtsſachen, oder über die Claſſe von Perſonen, zu welcher der Beklagte gehört, oder über den Wohnort deſſelben, verliert, oder wenn es ganz aufgelöſt wird, ſo erliſcht deswegen, wie Seuffert Civilproz. I. S. 192 bemerkt, die Wirkung der Präven tion nicht; vielmehr geht nun die Sache in der Lage, in welcher ſie ſich befindet, an dasjenige Gericht über, welches zufolge der eingetretenen Territorial-Gerichtsverfaſſnngs- oder ſonſtigen ſtaatsrechtl. Veränderungen, an die Stelle desje-

Unter den neuern Gesetzgebungen verdient die Badische Prozeßordnung v. 1831 wegen Vollständigkeit, Klarheit und Folgerichtigkeit, besonders erwähnt, und als Muster betrachtet zu werden. Sie verordnet:

§. 85. „Wo nach der Natur der Klage jede der streitenden Parteien als Kläger auftreten kann, soll derjenige als Kläger behandelt werden, welcher zuerst mit seinem Anspruche vor Gericht auftritt".

§. 86. „Ist die Priorität zweifelhaft, so entscheidet die Uebereinkunft der Parteien, und wo diese fehlt, das Loos".

§. 40. „Die Wahl zwischen denselben (den concurrirenden Gerichtsst.) hängt von dem Kläger ab, und macht dasjenige der concurrirenden Gerichte zum ausschließlich zuständigen, bei welchem er durch Erhebung der Klage den Rechtsstreit wirklich einleitet".

§. 41. „In Fällen, wo beide Parteien klagend auftreten können, und jede vor einem andern in der Sache an und für sich zuständigen Gerichte aufgetreten ist, bestimmt die Prävention von Seiten der Gerichte selbst den Vorzug zwischen ihnen, und macht dasjenige zum ausschließlich zuständigen, welches auf die bei ihm erhobene Klage durch eine richterliche Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend seine Zuständigkeit der Zeit nach zuerst erklärt hat.

Die Zeit, auf welche es hierbei ankommt, ist der Tag, an welchem die richterliche Verfügung dem Beklagten eröffnet und zugestellt, oder als Edictalladung in den öffentlichen Verkündigungsblättern bekannt gemacht worden ist".

§. 43. „Die Verfügung, wodurch die Klage angebrachtermaßen verworfen wird, begründet eben so wenig eine Prävention, als die Verfügung, wodurch das Gericht sich für unzuständig erklärt. Wird jedoch in Folge ergriffener Rechts-

---

nigen, welches prävenirt hatte, getreten ist. S. darüber eine gute Darstellung bei v. Gönner u. v. Schmidtlein Jahrb II. S. 308. f.

mittel die Ladung vom Oberrichter für zulässig erklärt, oder die Zuständigkeit des Untergerichts ausgesprochen, so tritt nunmehr die Prävention ein, und zwar von dem Tage an, wo die frühere Verfügung des Untergerichts dem Beklagten bekannt gemacht wurde".

§. 44. „Ist die Klage bei einem zuständigen Gerichte erhoben, eine richterliche Verfügung, wodurch sich das Gericht ausdrücklich oder stillschweigend für zuständig erklärt hat, darauf erfolgt, und dem Beklagten gehörig bekannt gemacht, so dauert die Gerichtsbarkeit eben dieses Gerichts als erster Instanz für diese Sache bis zu deren Beendigung fort."

Eine bloße Ansicht dieser Bestimmungen ergibt, daß sie die erläuterten Grundsätze des gemeinen Prozeßrechts sind. Die meisten übrigen neuen Prozeßgesetze geben blos die Bestimmung, daß wenn eine Klage bei mehr als einem Gericht angestellt werden kann, der Kläger die Wahl habe, und dadurch Prävention des gewählten Gerichts entstehe, sobald es durch Insinuation an den Beklagten die Sache eingeleitet habe [41]; andere ordnen ausschließlich den Fall, wenn bei mehreren Gerichten gleichzeitig dieselbe Klage angestellt wird [42], und in den doctrinellen Behandlungen wird dann mehr von Incompetenz, Litispendenz, Jurisdictionsconflicten, Gerichtsstand des Zusammenhangs u. dgl. [42], als von dem eigentlichen Gegenstande, um den es sich handelt, gesprochen.

41) Preuß. A. G. O. I. 2. §. 166. Hannov. A. G. O. §. 6.
42) Oesterr. G. O. §. 40. Französ. P. O. Art. 363 f.
43) Vergl. Holzschuher Rechtsw. S. 215. f. F. Fischer Handb. d. dilator. Einwend. Wien 1825. §. 19. f.